Das ursprüngliche Unvermögen im bisherigen Recht und seine zukünftige Gestaltung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Quassowski
aus Reichensee
Kreis Lötzen

Approbiert am 6. März 1937.

1 9 3 7

Buchdruckerei Otto Mauser, Forchheim Ofr.,

1937/144

Referent:
Geheimer Justizrat Professor Dr. Bernhard Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung 1

Erster Abschnitt

Die Unmöglichkeitslehre im allgemeinen

§ 1. Die historische Entwicklung der Unmöglichkeitslehre 2

§ 2. Abgrenzung der Begriffe „objektive Unmöglichkeit" und „subjektive Unmöglichkeit" . . . 5

§ 3. Abgrenzung des ursprünglichen Unvermögens vom nachfolgenden Unvermögens des Schuldners zur Leistung 7

Zweiter Abschnitt

Die Behandlung des ursprünglichen Unvermögens im bisherigen Recht

§ 4. Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages . . 10

1. Ansichten über Nichtigkeit des Vertrages . . 10

2. Kritik dieser Ansichten 11

3. Ansichten der herrschenden Lehre . . 11

§ 5. Die Folgerungen aus dem gültigen Vertrage

1. Darstellungen der Ansichten des Schrifttums . 12

2. Betrachtung dieser Ansichten . . 15

Dritter Abschnitt

Die Rechtswirkungen bei ursprünglichem Unvermögen

§ 6. Allgemeine Betrachtungen über das Schuldrecht . 17

§ 7. Haftung des Schuldners und Rechte des Gläubigers nach bisherigem Recht 19

§ 8. Die Haftung des Schuldners und die Rechte des Gläubigers nach heutiger Rechtsanschauung und im kommenden Recht 21

1. Der Schuldner kannte sein Unvermögen zur Leistung bei Vertragsabschluß oder sein Nichtkennen beruhte auf Fahrlässigkeit 22

2. Der Schuldner kannte sein Unvermögen zur Leistung nicht 30

3. Die Leistung war dem Schuldner nicht mehr zumutbar 31

4. Der Gläubiger kannte das Unvermögen des Schuldners 33

5. Gläubiger und Schuldner kannten das ursprüngliche Unvermögen 33

Schlußbetrachtung 34

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Asendorf, Unmöglichkeit und Unvermögen, Erlangen 1936.

Biermann, Arch. f. Ziv.Praxis, Bd. 91.

Brecht, System der Vertragshaftung in Iher. Jahrb. Bd. 53, S. 213 ff.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1879.

Brodmann, in Ehrenburgs Handbuch des gesamten Handelsrechtes IV, 2

Buschmann, Anfängliches Unvermögen, Wesen und Bedeutung nach deutschem bürgerlichem Recht. Schwerin i. M. 1931.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts 1902.

Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II Aufl. 4 1909.
Pandekten Bd. II 1903.

Ebermayer, Kommentar zum Strafgesetzbuch 3. Aufl. 1925.

Eckstein, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 37 S. 417 ff.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches 8. und 9. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 9.—11. Aufl. 1915 Bd. II.

Fischer, N. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre in der Rostocker Festschrift für v. Arnsberg 1904.

Frank, Hans Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935.

Gruchots, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hamburger, Treu und Glauben 1930.

Harff, Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen nach deutschem bürgerlichem Recht. Berlin 1912.

Hartmann, Die Obligation, Erlangen 1875.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band 1903.

Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912.

Heumann, Handlexikon.

Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935.

Jagielski, Die Grundsätze über die ursprüngliche Unmöglichkeit und das ursprüngliche Unvermögen in dem bürgerlichen Gesetzbuch, Borna-Leipzig, 1910.

Kisch I, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung, Jena 1900.

Kisch II, Krit. Viertelj. Schrift f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 44, S. 506 ff.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.
Koellreutter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, Tübingen 1933.
Kress, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929.
Kruckmann, Arch. f. Ziv. Prax., Band 101.
Krug, Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung, Diss. Breslau 1901.
Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Tübingen 1933.
Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tüb. 1934
Leonhardt, Allgemeines Schuldrecht des BGB., München 1929.
Marx, Das ursprüngliche Unvermögen nach BGB., Köln 1933.
Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung 1853.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.II, 1896.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 5. Aufl. 1928.
Ohlmer, Ursprüngliches Unvermögen, Göttingen 1932.
Pakuscher, Die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung, Rostock 1907.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II. 4. Aufl., 1914.
Protokolle der zweiten Kommision, 1897—1899.
Rabel I, Unmöglichkeit der Leistung in Festschrift für Becker: „Aus römischem und bügerlichem Recht", 1907.
„ II, Rhein. Zeitschr. 1911, S. 467 ff., für Zivil und Prozeßrecht.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch 1903.
Reichsgerichtsräte, Kommentar 7. Aufl.
Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. I.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse 1902.
Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Schulz F., Prinzipien des römischen Rechts, München 1934.
Seuff. Arch. für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Siber, Schuld und Haftung, Jher. Jahrbuch 50, 55 ff.
Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.
Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. II, 7./8. Aufl. 1912.
Steinbach, Treu und Glauben im Verkehr, 1900.

Steiner, Haftung aus ursprünglichem Unvermögen bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen, Rostock 1903.
Stoll, Das bürgerliche Recht in der Zeiten Wende, Stuttgart 1933.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1800.
von Thur, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1910—18.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.

Einleitung.

Die Behauptung, daß die Lehre von der Unmöglichkeit eines der umstrittensten Gebiete des Schuldrechtes ist, bedarf wohl keiner besonderen Rechtfertigung. Dies hat seinen Grund einmal darin, daß das Gesetz nur eine verhältnismäßig knappe und zerstreute Regelung in den Vorschriften der §§ 275 bis 283, 306 bis 308 und 323 bis 325, 327 getroffen, zum anderen, daß es eine Definition der Unmöglichkeit selbst nicht gegeben hat. Es hat sich vielmehr lediglich auf eine Regelung der Rechtsfolgen beschränkt, die beim Vorliegen einer Unmöglichkeit eintreten sollen. Daher nimmt es auch nicht Wunder, daß die vielen vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich behandelten Fragen zu einem Wirrwarr von Streitmeinungen führten, die auch heute noch im Schrifttum und in der Rechtsprechung eine klare Einstellung zu diesen wichtigen Problemen vermissen lassen. Die Forderung einer gründlichen Neuformung ist daher nur zu berechtigt. Die deutsche Rechtserneuerung kann und wird daher an diesem Teilgebiet der Schuldverhältnisse nicht vorübergehen, ohne es im Sinne der heute herrschenden Rechtsanschauung neu zu gestalten.

Die bisherige Regelung der Unmöglichkeitsfolgen ist zu hart und überspitzt. Sie muß daher schmiegsamer gestaltet werden. Insbesondere darf dabei nicht allein die objektive Lage, sondern die subjektive Einstellung von Schuldner und Gläubiger zur Leistungsgefahr die Folgen der Unmöglichkeit bestimmen. Das Schuldverhältnis ist nicht mehr als Freund-Feind-Verhältnis aufzufassen, sondern mehr aus dem Gesichtspunkt der Gliedzugehörigkeit zur Deutschen Volksgemeinschaft. Das gilt ganz besonders für die Regelung, die die subjektive ursprüngliche, im Gesetz nicht geregelte Unmöglichkeit durch die Rechtsprechung erfahren hat. Gerade hier tritt die Gläubiger-freundliche und Schuldner-feindliche Regelung in besonders starkem Maße hervor. Ganz wird zwar ein vollkommener Ausgleich zwischen den beiden widerstrebenden Interessen der Vertragsparteien wohl niemals gelingen können, ein Weg wird sich aber finden lassen, den bestehenden Mängeln und Härten in der Regelung des ursprünglichen Unvermögens soweit zu begegnen, daß eine volksnahe Regelung erreicht wird. Einen solchen Weg zu finden, ist der Zweck dieser Arbeit.

Erster Abschnitt.

Die Unmöglichkeitslehre im allgemeinen.

§ 1. Die historische Entwicklung der Unmöglichkeitslehre.

Die Untersuchung der Frage, ob die gegenwärtige Behandlung des ursprünglichen Unvermögens der neuen Rechtsanschauung entspricht, bedarf zunächst einer kurzen Darstellung der historischen Entwicklung der Unmöglichkeitslehre überhaupt, insbesondere aber einer Abgrenzung der verschiedenen Begriffe, die sich im Rahmen der Unmöglichkeitslehre herausgebildet haben. Es kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht unsere Aufgabe sein, die gesamte geschichtliche Entwicklung der Unmöglichkeitslehre in ihren Einzelheiten darzustellen. Mit Rücksicht auf die gestellte Frage seien aber einige kurze Hinweise hier gestattet.

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt im § 306 lediglich die ursprünglich objektive Unmöglichkeit und behandelt in den §§ 275 ff. und 323 ff. die nachträgliche Unmöglichkeit und das nachträgliche Unvermögen. Ueber die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit schweigt es. Auch werden vom Gesetzgeber nicht einmal die Begriffe der „Unmöglichkeit der Leistung" und des „Unvermögens des Schuldners zur Leistung" erläutert. Um nun zu einer genauen Begriffsbestimmung zu gelangen, bedarf es einer kurzen Darlegung der Unmöglichkeitslehre im allgemeinen Recht.

Dort war bereits der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit bekannt[1], und zwar stellte man dem impedimentum naturale (heute objektive Unmöglichkeit) die causa difficultatis (heute subjektive Unmöglichkeit) gegenüber, die, wie Sabinus bereits ausgeführt hat, stets dann vorliegt, si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit[2].

Eine causa difficultatis ist demnach bereits gegeben, wenn ein beliebiger Dritter die Leistung bewirken kann.

Das gemeine Recht schöpft seine Erkenntnisse aus einer Stelle des corpus juris civile[3], wo Venuleius folgendes ausgeführt hat:

„Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre

1) Savigny, Das Obligationsrecht Bd. I § 37.
2) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 4, Mommsen a. a. O. S. 5.
3) L. 137 § 4 Dig. de verb. oblig. 45, 1.

possit. Quid ergo si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus: aut sie non multum referre videatur, Ephesi daturum se an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum quem dominus non vendat, dare promiserit. Si ab eo stapulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.

Hierin kommt der Unterschied zwischen einer Leistung, die nur dem Schuldner unmöglich ist, während sie ein beliebiger Dritter erbringen kann ⟨difficultas dandi⟩ und derjenigen, die weder dem Schuldner noch einem Dritten möglich ist ⟨impedimentum naturale⟩, klar zum Ausdruck.

Offenbar hat es die Schriftsteller des gemeinen Rechts große Mühe gekostet, für die Ausdrücke difficultas dandi und impedimentum naturale geeignete Uebersetzungen zu finden. Man prägte einen gemeinsamen Oberbegriff „Unmöglichkeit" und unterschied im einzelnen zwischen objektiver Unmöglichkeit, die dem impedimentum naturale und der subjektiven Unmöglichkeit, die der difficultas dandi entsprechen sollte[4]⟩. Im ersten Fall beruhte die Unerbringlichkeit der Leistung auf dem Objekt der Obligation, im letzteren Fall fand sie ihren Grund dagegen in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, bzw. in seiner Stellung zum Leistungsgegenstand.

Diese Lösung des gemeinen Rechts war wenig glücklich, denn sie trug dazu bei, daß die von Venuleius so klar unterschiedenen Begriffe immer stärker verwischt wurden[5]⟩. Das von Venuleius besonders charakteristisch hervorgehobene Merkmal des alio possibile wurde bei der subjektiven Unmöglichkeit zu stark vernachlässigt.

Völlig abweichend von der Mehrzahl der Schriftsteller äußert sich hierzu Dernburg in seinen Pandekten[6]⟩. Er unterscheidet von

4⟩ Savigny, § 37, 384; Windscheid, Pand. II, 1 § 264 1.

5⟩ Gegen diese Lösung: Hartmann, Jahrb. Dogm. Bd. 22, S. 425. Kisch I, S. 8: „in Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um Verschiedenheit im Begriffe der Unmöglichkeit selbst, denn dieser bleibt sich überall gleich. Vielmehr beruhen die Unterschiede teils auf den Gründen der Unmöglichkeit, teils auf der Beziehung der lezteren zum Inhalt der Verpflichtung oder zur Person des Verpflichteten."

6⟩ Dernburg, Pand. II § 16.

der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit noch die Schwierigkeit der Erfüllung, worunter beispielsweise Geldmangel des Schuldners zu verstehen sei. Nach ihm soll die Schwierigkeit der Erfüllung der Fall der difficultas dandi des Venuleius sein.

Diese Ansicht ist jedoch irrig, denn sämtliche in der eben angeführten lex enthaltenen Beispiele werden als difficultates bezeichnet, insbesondere wenn jemand alienum servum dare promiserit, quem dominus non vendat. Gerade in diesem Beispiel kommt die subjektive Unmöglichkeit klar zum Ausdruck. Es handelt sich um keine Schwierigkeit der Erfüllung, sondern um ein nicht leisten können des Schuldners, wogegen ein Dritter, nämlich der Eigentümer des Sklaven, in der Lage ist, die Leistung zu bewirken. Für die Annahme einer Schwierigkeit der Erfüllung ist infolgedessen keinerlei Veranlassung gegeben.

Auch die Definition, die Dernburg für die objektive und subjektive Unmöglichkeit an der oben angeführten Stelle gibt, ist in dieser Form nicht haltbar.[7] Danach soll die Unmöglichkeit entweder eine objektive, für jedermann vorhandene oder eine subjektive, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners liegende sein. Soweit es sich bei der subjektiven um die Person des Schuldners handelt, mag dies dahingestellt bleiben, soweit aber die Person des Gläubigers in Betracht kommt, besteht allzusehr die Gefahr, daß bei einer derart allgemeinen Auslegung eine Kollision mit dem Annahmeverzug stattfindet. Im übrigen ist eine solche Gleichstellung von Gläubiger und Schuldner schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Gläubiger stets eine bestimmte Person oder deren Vertreter sein muß, da die Leistung an einen beliebigen Dritten den Schuldner dem Gläubiger gegenüber nicht befreit. Auch bei einer Abtretung des Rechts durch den Gläubiger leitet der neue Gläubiger seine Ansprüche aus dem alten Schuldverhältnis ab. Die Person des Gläubigers ist auch hier fest umrissen.

Einige Schriftsteller haben sich später gegen die Zusammenfassung der beiden Begriffe der Unmöglichkeit gewandt. Hartmann bezeichnet den Ausdruck „subjektiv unmögliche Leistung" als „eine schiefe Vorstellung und einen vagen Mißbegriff".[8] Brinz prägte für das nur in der Person des Schuldners begründete Nichterfüllenkönnen also die subjektive Unmöglichkeit, den Ausdruck: „Unvermögen des Schuldners zur Leistung".[9] Diese Bezeichnung ist von den Motiven zum BGB. übernommen worden, und wir finden sie jetzt im § 275 II.[10] Sie bringt die von Venuleius bezweckte Trennung

7) Hartmann, Die Obligation, S. 248.
8) Hartmann I, S. 248 u. S. 196.
9) Brinz Pand. II, 1 § 245, S. 123 ff.
10) Motive Bd. II S. 44 ff.

der beiden Begriffe sehr viel klarer zum Ausdruck, denn facultas übersetzt bedeutet: „Vermögen etwa zu tun."[11]

Die Begriffe des BGB. finden ihren Ursprung somit auch in der 1. 137 §§ 4 und 5 D. de verb. oblig. 45,1.

Wir sehen, daß die Lehre von der Unmöglichkeit römischen Ursprungs ist. Es handelt sich hier bei unserer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Unmöglichkeitslehre nicht etwa um einen Drang zur Feststellung besonders wichtiger historischer Einzelheiten, der Grund dieses eben gegebenen geschichtlichen Exkurses ist die Überzeugung, daß ohne Kenntnis der Quellen und die historische Entwicklung des Begriffs der Unmöglichkeit eine Untersuchung der Mängel in der Behandlung der Rechtsfolgen nur eine Halbheit darzustellen vermag.

§ 2. Abgrenzung der Begriffe „objektive Unmöglichkeit" und „subjektive Unmöglichkeit".

Nach diesem Rückblick auf die historische Entwicklung der Unmöglichkeitslehre bedarf es ferner noch einer klaren Abgrenzung der sogenannten objektiven Unmöglichkeit von der sogenannten subjektiven Unmöglichkeit, d. h. dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung.

Das BGB. hat, wie bereits oben erwähnt, in den §§ 306, 275 I, ff. die objektive Unmöglichkeit geregelt, die wir in der Folge besser mit „Unmöglichkeit" bezeichnen wollen. In § 275 Abs. 2 setzt es das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit gleich.[1] Eine Unmöglichkeit ist, wie bereits aus der Entwicklung dieses Begriffes ersichtlich, dann anzunehmen, wenn eine Leistung überhaupt nicht, d. h. von niemandem — den Schuldner selbst eingeschlossen — zu erbringen ist. Ein Unvermögen des Schuldners liegt dagegen dann vor, wenn zwar die Leistung an sich möglich ist, aber gerade von d i e s e m Schuldner nach seinen eigenen besonderen Verhältnissen nicht bewirkt werden kann[2]; es ist also eng mit der Person des Schuldners verknüpft. Ueber die

11) Heumann, Handlexikon.

1) Die Worte „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" sind auch genauer als die Ausdrücke „objektive und subjektive Unmöglichkeit". D i e s e Ausdrucksweise hatten bereits die Römer, die im Falle des Unvermögens nur von der causa difficultatis sprachen und davor warnten, hier von Unmöglichkeit zu reden.
Vgl. L. 137 §§ 4 und 5 D. de verb. oblig. 45, 1. „Et generaliter causa difficultatis ad incummodum promissoris pertinet . . ., ne incipiat dici eum quoque dare nun posse, qui alieum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit."
Vgl. auch Kleineidam a. a. O. S. 4 ff.

2) Enneccerus I, 2, § 253 1. RGR. Komm. § 275, Anm, 2 u. Anm. 5.

Erbringlichkeit, insbesondere ihre Zumutbarkeit, ist später bei der eingehenden Behandlung des Unvermögens zu sprechen.

Im folgenden seien noch einige Grenzfälle und Ansichten aus dem umfangreichen Schrifttum angeführt, die zum besseren Verständnis der Abgrenzung von Unmöglichkeit und Unvermögen beitragen.

Handelt es sich z. B. um Leistungen, die nach ihrem Inhalt nur vom Schuldner in Person bewirkt werden können, sei es ihrer Art nach oder auf Grund von Parteivereinbarungen oder gesetzlichen Bestimmungen, so begründet ein Unvermögen des Schuldners zugleich eine Unmöglichkeit[3]. Kann der Schuldner nicht leisten, so vermag es auch kein Dritter. Hierher gehören die Fälle, in denen jemand bei einem Maler oder einem Bildhauer ein Werk bestellt. Kann dieser Maler oder dieser Bildhauer das Werk nicht liefern, so vermag es auch kein Dritter.

Das gleiche finden wir bei dem Dienstvertrag. Gemäß § 613 BGB. braucht der Dienstherr, wenn er eine bestimmte Person zur Dienstleistung verpflichtet hat, die Dienste einer dritten Person nicht anzunehmen. Die Dienstleistung ist somit für jedermann unmöglich.

Einige Schriftsteller stellen es hier auf den Grund der Unmöglichkeit ab und nehmen ein Unvermögen dann an, wenn der Grund der Leistungsunfähigkeit in der Person des Schuldners liegt[4].

Für eine solche Annahme liegt jedoch keinerlei Veranlassung vor. Wenn § 275 I BGB von einem „Umstand" spricht, so zeigt § 275 Abs. II BGB., daß damit doch nur der Umstand gemeint sein soll, infolgedessen die Unmöglichkeit unmittelbar eintritt, z. B. beim Verkauf eines Hundes, dessen Tod, nicht aber seine Krankheit als Todesursache.

Titze sieht das entscheidende Unterscheidungsmerkmal des Unvermögens gegenüber der Unmöglichkeit darin, daß dem Schuldner die zur Bewirkung der Leistung erforderlichen tatsächlichen oder rechtlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand mangeln[5]. Wäre diese Ansicht richtig, so müßte man im Falle des Verlierens des Leistungsgegenstandes auch für den Fall des Nichtwiederauffindens oder etwa dann, wenn der Leistungsgegenstand ins Meer gefallen ist, Unvermögen annehmen. Die verloren gegangene oder ins Meer

3) Planck, § 306 Erl. 3 B. Enneccerus I, 2 § 253, 1 Anm. 1. Leonhard S. 313. Motive II, S. 45. OLG. 15 S. 74.

4) Staudinger § 275 Vorbem. A, I, 2. im Ergebn. auch Oertmann § 306, Erl. 1 B, der die Folgen des Unvermögens eintreten läßt, wo die objekt. Unmöglichkeit nur eine Folge des Unvermögens ist.

5) Titze, Unmöglichkeit der Leistung, § 4 S. 61.

gefallene Sache kann allerdings in den meisten Fällen durch ganz unverhältnismäßige Anstrengungen wieder beschafft werden. Das kann aber unmöglich der Wille und die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Hier muß nach der für das Recht allein in Betracht kommenden vernünftigen ethischen und wirtschaftlichen Betrachtung die Leistung als unmöglich gelten, denn offenbar ist doch niemand wirtschaftlich in der Lage, sie zu bewirken. Leistenkönnen ist nichts abstraktes und wird daher nicht schon durch das bloße irdische Vorhandensein einer Sache begründet, sondern bedeutet stets die Möglichkeit der Leistungsbewirkung durch irgendwelche Personen.

Nach dieser geschichtlichen Entwicklung und Darstellung der Lehre von der Unmöglichkeit können wir eine endgültige Definition des Begriffes „Unvermögen" vornehmen. Die Abhandlung über die objektive Unmöglichkeit diente lediglich der Festlegung des Begriffs des Unvermögens. Sie kann in der weiteren Behandlung der Arbeit außer Acht gelassen werden. Es genügt ein Hinweis auf das einschlägige Schrifttum.[6] Uns interessiert hier, da die Aufgabe ganz speziell gefaßt ist, nur das Unvermögen des Schuldners zur Leistung.

§ 3. Abgrenzung des ursprünglichen Unvermögens vom nachfolgenden Unvermögen des Schuldners zur Leistung.

Unvermögen liegt nach den obigen Ausführungen dann vor, wenn die Leistung nicht überhaupt, sondern nur dem Schuldner nach seinen eigenen besonderen Verhältnissen nicht möglich ist, mag das Unvermögen durch äußere Umstände oder durch eigene Tätigkeit des Schuldners herbeigeführt worden sein.[1]

Wie bei der Unmöglichkeit unterscheidet man zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen. Zwar behandelt die Arbeit nur das ursprüngliche Unvermögen. Um aber feststellen zu können, wann ursprüngliches Unvermögen vorliegt, bedarf es eines eingehenden Vergleichs dieser beiden Arten.

Wie bereits aus den Worten „ursprünglich" und „nachträglich" hervorgeht, ist der Unterschied ein zeitlicher. § 275 BGB. setzt als Zeitpunkt für die Unterscheidung die Entstehung des Schuldverhältnisses fest.[2] Vermag der Schuldner bereits zu diesem Zeitpunkt seiner Verpflichtung nicht nachzukommen, so handelt es sich um ursprüngliches Unvermögen. Tritt dagegen der Umstand, der dem Schuldner die Leistung unmöglich macht, erst nach Entstehen

6) Kleineidam a. a. O. Kisch a. a. O. Mommsen a. a. O. Titze a. a. O. Asendorf, Unmöglichkeit und Unvermögen u. a.

1) RGR. Komm. § 275 Anm. 5.

2) Bei Vermächtnissen gilt die Zeit des Erbfalles.

des Schuldverhältnisses ein, so spricht man von nachträglichem Unvermögen.

Ein Schuldverhältnis entsteht bei Verträgen mit ihrem rechtsgültigen Abschluß. Bei einseitigen Rechtsgeschäften dagegen mit Abgabe der wirksamen Willenserklärung und endlich kraft Gesetzes in dem Augenblick, wo alle erforderlichen Tatbestandsmerkmale des Gesetzes verwirklicht sind. Die Feststellung des Entstehens eines Schuldverhältnisses ist oft nicht ohne weiteres klar. Sie gestaltet sich vielmehr in vielen Fällen äußerst schwierig. Bei Rechtsgeschäften, die unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen sind ist nicht der Zeitpunkt des Bedingungseintritts maßgebend, sondern bereits der Augenblick des Vertragsabschlusses.[3] Mit diesem Zeitpunkt ist schon das Forderungsrecht entstanden, es kann nur noch nicht geltend gemacht werden. Daß eine gewisse rechtliche Gebundenheit der Parteien bereits vorliegt, erweist die Vorschrift des § 160 BGB., nach der der Schuldner bereits mit Abschluß des bedingten Rechtsgeschäftes dem Gläubiger gegenüber schadenersatzpflichtig ist, wenn während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt wird. Ferner haben die Parteien gemäß § 162 BGB. in Bezug auf die von der Bedingung abhängige Leistung nach Treu und Glauben zu verfahren. Im übrigen ist ihnen bereits in diesem Augenblick das einseitige Rücktrittsrecht genommen. Bei dieser Gebundenheit der Parteien muß man für die Unterteilung von ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen dem Augenblick des Vertragsabschlusses dieselbe Wirkung beimessen, wie dem Entstehen eines Schuldverhältnisses im oben erläuterten Sinn. Tritt also der Umstand, der dem Schuldner die Leistung unmöglich macht, nach Abschluß des Vertrages, aber vor Eintritt der Bedingungen ein, so ist stets nachträgliches Unvermögen anzunehmen, d. h. der Schuldner wird unter der Voraussetzung des § 275 BGB. von der Verpflichtung zur Leistung befreit.

Schwierig gestaltet sich die Abgrenzung vom ursprünglichen und nachträglichen Vermögen dann, wenn der Zeitpunkt nicht genau festgelegt werden kann, in dem der Umstand eingetreten ist, der das Unvermögen zur Leistung bewirkt hat. So kann z. B. vor Entstehung des Schuldverhältnisses die zu übertragende Sache derart beschädigt sein, daß mit Gewißheit damit gerechnet werden muß, sie werde demnächst — und zwar infolge dieser Beschädigung — untergehen. Tritt der Untergang tatsächlich nach Vertragsabschluß

3) Titze, a. a. O. S. 54.

ein, so kann nicht nachträgliches, sondern nur ursprüngliches Unvermögen vorliegen[4]).

Man darf sich in derartigen Fällen nicht in den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückversetzen und von hier aus prüfen, ob die Leistung noch möglich oder bereits unmöglich war, sondern muß vielmehr nachträglich, unter Berücksichtigung aller besonderen und neu aufgetretenen Umstände feststellen, ob schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ein Umstand vorlag, der mit Sicherheit zum Unvermögen des Schuldners führen mußte[5]).

---

4) Gegen diese Ansicht Kisch I, S. 31. Kleineidam a. a. O. S. 86. Schollmeyer a. a. O. § 275, 2c.

5) Staudinger a. a. O. § 306, 1a. Harff, Ursprüngliches Unvermögen, S. 51ff. Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101, S. 107. Planck, a. a. O. 2. Vorbem. zu § 275.

Zweiter Abschnitt.

Die Behandlung des ursprünglichen Unvermögens im bisherigen Recht.

§ 4. Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages.

Wie wir bereits eingangs erwähnten, ist das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Dort wird nicht einmal dieser Ausdruck gebraucht. Infolgedessen sind die Rechtsfolgen eines solchen ursprünglichen Unvermögens im Schrifttum sehr umstritten.

1. Ansichten über Nichtigkeit des Vertrages.

§ 306 BGB. hat bei Vorliegen ursprünglicher objektiver Unmöglichkeit den Vertrag für nichtig erklärt. Hieraus haben einzelne Schriftsteller gefolgert, daß das gleiche bei Eintritt ursprünglichen Unvermögens zu gelten habe.

Nach Dernburg's[1] Ansicht kann subjektiv unmögliches ebensowenig bewirkt werden wie objektiv unmögliches. Dernburg weist bei dieser Behauptung auf die Wesensgleichheit beider Begriffe hin und stützt seine Ansicht u. a. darauf, daß eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner nicht durchführbar sei.

Stammler[2] kommt unter ähnlichen Begründungen zu dem gleichen Ergebnis wie Dernburg. Auch er stützt sich auf die Wesensgleichheit der Begriffe „Unmöglichkeit" und „Unvermögen".

Gegen die Gültigkeit des Vertrages spricht sich auch Krug[3] aus, der eingehende Auseinandersetzungen mit den Motiven zum BGB. und der Lehre Kleineidams vornimmt, die er zu widerlegen versucht. Er billigt dem Gläubiger nur einen Ersatz des negativen Interesses gemäß § 307 BGB. zu.

Auch Eckstein[4] erklärt ein Rechtsgeschäft bei Vorliegen ursprünglichen Unvermögens für nichtig. Er hält gleichfalls die Begriffe „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" für so nahe verwandt, daß sie die gleiche Behandlung erfahren müßten, und verpflichtet den Schuldner ebenso wie Krug zum Ersatz des negativen Interesses gemäß § 307 BGB.

1) Dernburg, a. a. O. § 61.
2) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 107.
3) Krug, Das unverschuldete Unvermögen S. 33 ff.
4) Eckstein, Arch. f. Bürg. Recht Bd. 37, S. 417 ff.

2. Kritik der Ansichten.

Die soeben angeführten Schriftsteller verkennen völlig den Unterschied von „Unmöglichkeit" und „Unvermögen", der aus der eingangs gebrachten historischen Entwicklung klar ersichtlich ist. Eine Gleichheit ist überhaupt nicht vorhanden, es besteht nur eine Aehnlichkeit der Worte, die aber nicht dazu führen kann, die Begriffe gleichmäßig zu behandeln. Hätte der Gesetzgeber in § 306 BGB. auch das ursprüngliche Unvermögen mit erfassen wollen, so wäre dies bestimmt zum Ausdruck gekommen, wie es in § 275 BGB. geschehen ist. Praktisch wäre dann tatsächlich kein Unterschied mehr vorhanden gewesen, sodaß eine verschiedene Bezeichnung nur irreführend gewirkt hätte. Allein durch die Erwähnung des Unvermögens in § 275 Abs. II BGB. weist der Gesetzgeber darauf hin, daß hier 2 Rechtsinstitute bestehen, die verschiedener Behandlung bedürfen.

Die Begründungen bei Dernburg, Stammler und Eckstein sind so wenig stichhaltig, daß sie einer besonderen Widerlegung gar nicht bedürfen. Die Verweisung dieser Autoren auf § 307 BGB. ist wohl mehr eine Verlegenheitslösung, da sie sich mit der Existenz des Unvermögens im Gesetz nun einmal abfinden müssen. Die Schilderungen Krugs sind teilweise recht verworren und lassen am Schluß nicht klar erkennen, womit er seine Theorien eigentlich begründen will. Das Ergebnis ist jedenfalls unrichtig.

3. Ansichten der herrschenden Lehre.

Die Mehrzahl der Schriftsteller und auch das Reichsgericht halten einen Vertrag, bei dem der Schuldner vor Abschluß unvermögend zur Leistung war, für gültig[5]). Sie entsprechen damit dem von den Parteien gewollten Zweck, diesen Vertrag abzuschließen. Die eigentliche Grundlage für die Richtigkeit dieser Ansicht gibt der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. § 348 betonte ausdrücklich, daß der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig wäre. Die Kommission hat aber später diese Bestimmung gestrichen, da sie nach ihrer Ansicht überflüssig war, denn ein solcher Vertrag sei selbstverständlich gültig[6]). Die Ansicht der herrschenden Lehre ist aus der ganzen Entwicklung heraus folgerichtig entstanden und auch in Zukunft unbedingt beizubehalten.

5) Enneccerus, a. a. O. § 253 Anm. 5. Leonhard, a. a. O. S. 314. Oertmann, a. a. O. § 306, 1b. Planck, a. a. O. § 306, 3. Staudinger, Vorbem. 1, 6b zu § 275. Kleineidam, a. a. O. S. 46 ff. Titze, a. a. O. S. 247. RG. 51 S. 92; 52 S. 417; 69 S. 355 ff.

6) Protokolle Bd. 1, S. 455.

§ 5. Die Folgerungen aus dem gültigen Vertrage.

1. Darstellung der Ansichten des Schrifttums.

Die herrschende Lehre[1] steht auf dem Standpunkt, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen stets hafte, gleichgültig, ob er sein Unvermögen zu vertreten habe oder nicht.

Die meisten Autoren begründen ihre Ansicht damit, daß das Gesetz die Haftung nicht ausschließt und stützen sich dabei auf Gründe der allgemeinen Verkehrssicherheit im Recht.

Jagielski[2] führt zum Beispiel aus, daß die Haftung des Schuldners unbedingt bestände, da das Gesetz diese nicht ausschließe. „Im übrigen müsse der Gläubiger sich im großen wirtschaftlichen Verkehrsleben darauf verlassen können, daß ihm Leistungen, wie sie von jedem erbracht werden können, auch wirklich prästiert werden. Es wäre eine direkte Benachteiligung des Gläubigers, wenn er plötzlich erführe, daß sein Schuldner zur Leistung unvermögend sei und er darum nichts erhalten würde."

Buschmann[3] geht noch weiter, indem er sagt: „Der Gläubiger soll unter allen Umständen auf das Erfüllungsinteresse als Vermögensbestandteil rechnen dürfen, soll darauf rechnen dürfen, daß der Schuldner die Leistung zu erbringen vermag, auch dann, wenn er sich noch auf keine weiteren Unternehmungen mit Rücksicht auf die zukünftige Leistung des Schuldners eingelassen hat. Selbst dann, wenn der Schuldner ihm durch das Kontrahieren trotz Leistungsunfähigkeit keinen Schaden zugefügt hat."

Auch Marx[4] steht auf dem Standpunkt, daß der Schuldner für sein ursprüngliches Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Verschulden einstehen müsse. „Wer eine Verpflichtung eingeht, gibt damit stillschweigend kund, daß er der rechte Schuldner dieser Verpflichtung sei, daß wenn die Leistung überhaupt bewirkt werden könne, er dazu imstande sei. Der Gläubiger könne die im Machtbereich des Schuldners liegenden Umstände für gewöhnlich nicht erkennen, und darum sei es nur billig, den Schuldner dafür einstehen zu lassen, daß diese Umstände so beschaffen sind, wie es seinem äußeren Auftreten entspricht."

---

1) Oertmann, a. a. O. § 306 Erl. 1 b. Leonhard, a. a. O. § 314. Schollmeyer, a. a. O. § 306, 1. Endemann, a. a. O. § 124, 1 d. Anm. 20. Staudinger, a. a. O. Vorbem. AI, 2 zu § 275 RG. 69 S. 357. RGRKomm. § 306. Seuff. Arch. 62 S. 287. Gruch. 54, S. 1064. OLG. Braunschweig, Seuff. Arch. 65 S. 225, siehe ferner § 5. 1, S. 12 ff.

2) Jagielski, Ursprüngliche Unmöglichkeit und Unvermögen S. 73—74.

3) Buschmann, Anfängliches Unvermögen, S. 37/38.

4) Marx, Das ursprüngliche Unvermögen, S. 38—39.

Asendorf[5] gibt eine ähnliche Begründung wie Marx und läßt die Haftung des Schuldners kraft Gesetzes auf Grund der obligatorischen Verpflichtung entstehen.

Ohlmer[6] verlangt die Haftung des Schuldners vor allem aus Gründen der Verkehrssicherheit.

Der Schuldner habe sonst die Möglichkeit leichtsinnig Verbindlichkeiten einzugehen, die er nachher nicht zu erfüllen vermag.

Auch Fischer[7] und Kress[8] führen aus, daß Leistungen, die objektiv möglich sind, von dem vertraglich verpflichteten Schuldner aus Gründen der Verkehrssicherheit erfüllt werden müßten.

Das Reichsgericht[9] folgert die Vertretungspflicht des Schuldners unmittelbar aus dem Vertrage, weil der Schuldner mit der Verpflichtung zur Leistung zugleich auch die Haftung für seine Leistungsfähigkeit übernehme, für diese habe er einzustehen.

Ähnlich ist die Ansicht Brechts[10], der die Lehre von einer gesetzlichen Garantieübernahme dahin beschränkt, daß der Schuldner nur für seine Reallegitimation" garantiere.

Der Schuldner muß bei Vertragsabschluß die Versicherung dafür übernehmen, daß er infolge der tatsächlichen Beziehungen zum Leistungsgegenstand auch zur Verfügung über diesen legitimiert sei.

Im Gegensatz zur H. L. vertritt Siber[11] die Ansicht, daß das Schuldverhältnis zwar gültig entstanden, die Haftung des Schuldners aber bei ursprünglichem Unvermögen ausgeschlossen sei. Eine weitere Ansicht, die man als Mittelmeinung zwischen der von Siber vertretenen und der herrschenden Lehre bezeichnen kann, wird von Titze[12] und Heck[13] vertreten.

Titze behandelt das ursprüngliche Unvermögen analog den Vorschriften über das nachfolgende Unvermögen. Er hält die unbedingte Haftung des Schuldners bei ursprünglichem Unvermögen für eine allzu große und vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Härte. Man könne in Fällen, wo ein Schuldverhältnis durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gegründet wird, in der Abgabe des Schuldversprechens nicht gleichzeitig die Übernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit erblicken. Das stelle eine absolute Vergewaltigung des

5) Asendorf, Unmöglichkeit und Unvermögen, S. 45.
6) Ohlmer, Ursprüngliches Unvermögen S. 52.
7) Fischer, Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, S. 13.
8) Kress, Schuldrecht.
9) RG. 69, S. 257; 80 S. 250.
10) Brecht, System der Vertragshaftung, a. a. O. S. 284 ff.
11) Siber in Jher. Jahrb. Bd. 50, S. 231 ff.
12) Titze, a. a. O. § 12 S. 247 ff.
13) Heck, a. a. O. S. 141 ff.

Parteiwillens dar. Da das Gesetz inbezug auf die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens eine Lücke gelassen habe, so müsse man diese Rechtswirkungen an anderer Stelle eingruppieren. Da nach Titzes Ansicht die Vorschriften über nachträgliches Unvermögen den allgemeinen Umständen am meisten gerecht werden, so läßt er diese auch für anfängliches Unvermögen platzgreifen, in der Form, daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wenn er die von Anfang an bestehende subjektive Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Aus seinen ganzen Ausführungen geht klar hervor, daß es sich bei dem „Vertreten", an dem viele Anstoß genommen haben,[14] nicht um ein eigentliches Vertreten im Rechtssinne handelt, sondern lediglich darum, daß der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses den Umstand, der das Unvermögen zur Leistung herbeigeführt hatte, gar nicht kannte, und zwar infolge von Umständen, die er weder übersehen noch voraussehen konnte. Um solche handelt es sich hier nur, wie am deutlichsten das von ihm gegebene Beispiel beweist: „Dem Schuldner wird kurz vor Abschluß des Vertrages das Leistungsobjekt gestohlen, ohne daß er etwas davon weiß, obwohl er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hatte obwalten lassen". Soll hier der Schuldner auf das Erfüllungsinteresse verhaftet bleiben? — so fragt Titze. In solchen Fällen wäre dann die Haftung des Schuldners von der Sorgfalt des Diebes, mit der dieser die gestohlene Sache behandelt, abhängig; denn zerschlägt er diese z. B. noch vor Abschluß des Vertrages, so ist die Leistung aus dem Vertrage von Anbeginn für jedermann unmöglich und der Schuldner gemäß § 306 BGB. zunächst von jeglicher Verbindlichkeit frei.

Eine derartige Lösung dieses schwierigen Problems kann aber vom Gesetzgeber niemals beabsichtigt worden sein und ist in Zukunft auch nicht mehr denkbar, wie weiter unten noch ausgeführt werden wird.

Zu dem gleichen Ergebnis wie Titze kommt auch Heck[15]. Aus allgemeinen Grundsätzen heraus müsse man den Schuldner in manchen Fällen von seiner Leistungspflicht entbinden. Er macht die Haftung von der Zumutbarkeit der Erfüllung des Vertrages abhängig und setzt für jeden Schuldner eine sogenannte Opfergrenze, über die hinaus die Leistungspflicht nicht gehe. Zu erwägen wäre in jedem Fall die Interessenlage, die durchaus nicht immer zu Gunsten des Gläubigers spräche. Wenn diese es gebiete, daß dem Schuldner keine weiteren Opfer zur Erreichung seiner Erfüllung zuzumuten seien, dann werde er frei.

14) Ohlmer, a. a. O. S. 48. Asendorf, a. a. O. S. 44. Marx, a. a. O. S. 37.
15) Heck, a. a. O.

Der Schuldner übernehme nur eine Normalgarantie dafür, da er bei Prüfung seines Leistungsvermögens eine normale Sorgfalt angewendet habe. Niemand wolle sich zum Schadenersatz für den Fall verpflichten, daß trotz der Sorgfaltsanwendung besondere, nicht erkennbare Hinternisse zu einer falschen Abwägung der Leistungsfähigkeit geführt haben. Deshalb gebiete die Interessenlage in diesen Fällen die entsprechende Anwendung der §§ 275 ff und 323 ff BGB.

2. Betrachtung dieser Ansichten.

Die herrschende Lehre steht — wie wir an den vorerwähnten Beispielen gesehen haben — auf dem Standpunkt, daß der Schuldner bei Unvermögen zur Leistung, das von vornherein bestanden hat, unbedingt auf Erfüllung hafte, gleich, worauf sein Unvermögen zurückzuführen sei. Sie stützt ihre Ansicht auf Gründe der Rechtssicherheit im Verkehrsleben, wo der Gläubiger sich stets auf das vom Schuldner zur Schau getragene Gebaren verlassen müsse, auch für den Fall, daß beim Schuldner Umstände eingetreten sind, von denen er gar nichts wissen kann. Sie hat diesen Weg frei beschritten, da das Gesetz ihr überhaupt keinen gewiesen hat. Die entgegengesetzte Ansicht wäre demnach nach dem Gesetz genau so angängig wie die der herrschenden Lehre.

Worauf ist es nun aber zurückzuführen, daß diese anscheinend einhellige Meinung[16] so festen Fuß fassen konnte? Die Antwort hierauf kann nur lauten: Sie liegt in der ganzen Einstellung des deutschen Rechts seinen Rechtssubjekten gegenüber begründet. Ganz bewußt haben wir zu Beginn der Arbeit auf die historische Entwicklung der Unmöglichkeitslehre hingewiesen und diese vielleicht eingehender betrachtet, als es an sich in den Rahmen der gestellten Aufgabe hineinpaßt. Das Endergebnis dieser Betrachtung können wir an dieser Stelle auswerten. Es zeigt uns den Weg auf, den das „sogenannte deutsche Recht" gegangen ist, bis es den heutigen Stand erreicht hat. Wir haben diese Betrachtung nur für einen kleinen Ausschnitt, die Lehre von der Unmöglichkeit, vorgenommen und dabei festgestellt, daß der Ursprung über das gemeine Recht beim römischen Recht zu finden ist. Diese gleiche Entwicklung hat nun aber nicht nur die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung durchgemacht, sondern vielmehr das ganze Recht der Schuldverhältnisse, das fast ausnahmslos auf dem gemeinen Recht aufgebaut hat.[17]

16) Anderer Ansicht Titze und Heck (Siehe S. 13, Anm. 12 u. 13).
17) Gierke, Entw., S. 184 ff.

Die herrschende Lehre beruft sich denn auch folgerichtig bei Behandlung der Haftung des Schuldners für ursprüngliches Unvermögen darauf, daß bereits bei den Römern der Rechtssatz vorherrschte: „Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.“[18]

Bei dieser Einstellung der herrschenden Lehre, die die Entwicklung des Rechts mitgemacht hat, ist auch die Ansicht, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen unter allen Umständen verhaftet bleibt, absolut verständlich.

---

18) Kleineidam, a. a. O. Marx, a. a. O. Asendorf, a. a. O.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtswirkungen bei ursprünglichem Unvermögen.

Nachdem wir nun im Vorstehenden die Einstellung des bisherigen Rechts zu den Rechtsfolgen des ursprünglichen Unvermögens erörtert haben, müssen wir uns die Frage stellen, ob die Anschauung, daß der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen unbedingt haftet, noch heute und für die Zukunft tragbar ist. Die Antwort kann nur verneinend lauten. Ihrer Begründung soll in folgendem zunächst eine allgemeine Betrachtung des Rechts der Schuldverhältnisse, insbesondere der Stellung von Gläubiger und Schuldner im bisherigen Recht vorangehen.

§ 6. Allgemeine Betrachtungen über das Schuldrecht.

Wie bereits oben erwähnt, ist überall im Schuldrecht der starke Einfluß des römischen Rechts zu spüren. Dieses Recht ist ein Gläubigerrecht der herrschenden Klasse eines Weltherrnvolkes: klar, hart und unerbittlich. Es enthält die Grundzüge, die Rom zur Weltherrschaft verholfen haben: nüchterne Klarheit und Folgerichtigkeit, Härte und Kälte. Der Herrnstandpunkt kam klar zum Ausdruck in der scharfen Trennung zwischen persona und res, zwischen Herr und Sache ‹servus, der Sklave galt als Sache›. Das Schuldverhältnis ‹juris vinculum› kennt nur Gläubiger und Schuldner. Dieses starre römische Recht hielt im Zuge der Rezeption seinen Einzug in das deutsche Recht. Trotz schwerer Kämpfe, die ihren Höhepunkt in den Bauernkriegen erreichten, haben die fremden Ideen des römischen Rechts das alte deutsche Recht überwältigt und sind so bis in die heutige Zeit erhalten geblieben.

Diese Darstellung soll nun nicht etwa eine Schmälerung des römischen Rechts als solchem bedeuten. Im Gegenteil: Man kann ihm heute nur Achtung zollen und seine Stärke und Wohldurchdachtheit, seine Prägung bewundern. Aber es ist auf damalige römische Verhältnisse und Lebensbedingungen zugeschnitten und daher für uns stets etwas Fremdes gewesen und geblieben, da es die Wesenszüge eines, auf ganz anderen Grundsätzen aufgebauten Volkes in sich trägt. Die im alten deutschen Recht verwurzelte Bindung an das Ueberlieferte, an Volk und Heimat ist zu Gunsten des Einzelnen verloren gegangen. Das Recht diente dem Einzelnen,

gab ihm möglichst weitgehende Betätigungsfreiheit, ohne Rücksicht auf die Umwelt. Es machte sich erst dann geltend, wenn die Betätigungsfreiheit ihre weite Grenze überschritten hatte[1].

Zwar war auch im römischen Recht der Begriff der Treue, den wir heute wieder zu seiner alten deutschen Größe bringen wollen, nicht unbekannt. Die Treue spielte vielmehr im römischen Reich eine hervorragende Rolle[2]. Sie konnte aber nicht dazu beitragen, die einmal gesagten Worte oder festgelegten Gesetzesvorschriften elastischer zu gestalten oder der tatsächlichen Situation des einzelnen Falles Rechnung zu tragen. Gerade die Treue verpflichtete den Einzelnen, sich an das so Gesagte oder so Geschriebene wörtlich zu halten. Im Schuldrecht gab es darum keine sinnvolle Treubindung zwischen den Vertragspartnern, sondern vielmehr ein starres Festhalten an den nackten Worten.

Die gleichen Grundzüge finden wir auch heute bei uns.

Gläubiger und Schuldner bilden keine Gemeinschaft, sie stehen sich als Gegner gegenüber, abseits von der übrigen Welt, die nur als „Dritte" existiert. Jeder kämpft für sein Recht, für seinen Vorteil. Gläubiger und Schuldner sind Träger von Vermögensrechten und -Pflichten, wobei dem Gläubiger die Rechte zustehen, der Schuldner die Pflichten auf sich bürdet.

Stärker noch als das Gesetz wirkt sich der Parteiwille aus, der naturgemäß zu einem Kampf des Stärkeren gegen den Schwächeren, des Intelligenten gegen den weniger Intelligenten ausartet. Das Gesetz läßt diese freie Spiel der Kräfte zu; es weist nur wenige zwingende Vorschriften auf, denen sich Gläubiger und Schuldner von vornherein unterwerfen müssen. Das Gesetz dient demjenigen, der es genau beherrscht, oft nur dazu, den Sieg über den zu erringen, der auf die Ehrlichkeit und Anständigkeit seiner Umwelt vertraut. Ist ein Vertrag einmal zustandegekommen, so kann der Gläubiger sich die gesetzlichen Bestimmungen restlos zu eigen machen, mögen sich auch die ursprünglichen Voraussetzungen, die für den Schuldner vielleicht vor Abschluß ausschlaggebend waren, völlig verändert haben. Er kann von dem Vertrag normalerweise nicht wieder los. Pacta sunt servanda!

Aus diesem Geist heraus ist auch die unbedingte Haftung des Schuldners bei ursprünglichem Unvermögen zur Leistung verständlich.[3]

---

1) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht. S. 9.
2) Siehe Schulz, Prinzipien des römischen Rechts, die Treue S. 151 ff.
3) Siehe § 5, S. 8 ff.

Mit dieser Rechtsanschauung muß aber endgültig gebrochen werden. Der Mensch darf nicht für Verträge leben, sondern die Verträge sind dazu da, das Leben der Menschen zu ermöglichen, sie sind das Mittel für die Rechtsgenossen zur rechtsverbindlichen Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse im Rahmen der Volksordnung[4]. Die Beteiligten stehen einander nicht fremd als Vertragsgegner gegenüber, sondern sollen sich als Vertragspartner verbinden, um im gemeinsamen Zusammenwirken das gemeinschaftlich gesetzte Ziel zu verwirklichen. Die Rechte und Pflichten der einzelnen Personen dürfen sich nicht auf die im Gesetz aufgezählten Möglichkeiten beschränken, die sehr oft gar nicht erschöpfend sein können, sondern müssen sich vielmehr aus der Lage des einzelnen Falles heraus ergeben, sollen sich nach Treu und Glauben bestimmen. Die Rechtssicherheit, mit der die herrschende Lehre ständig operiert, muß im einzelnen Fall dem Gerechtigkeitsgedanken unterliegen. Das darf selbstverständlich nicht dazu führen, daß gesetzliche Bestimmungen einfach übergangen werden. Soweit solche vorhanden sind, müssen sie auch unbedingt beachtet werden, denn das Gesetz besitzt seine volle Gültigkeit, solange es nicht ausdrücklich aufgehoben oder durch andere Vorschriften ersetzt wird. Soweit es sich aber um Auslegung gesetzlicher Bestimmungen oder gar um das Ausfüllen von Gesetzeslücken handelt, muß diese neue Rechtsanschauung platzgreifen, da sie allein deutschem Geist entspricht und im deutschen Volksempfinden verwurzelt ist[5].

Mit dieser Einstellung muß man auch an die Beurteilung von Fällen herangehen, in denen der Schuldner von vornherein unvermögend zur Leistung war. Dieses neue Rechtsdenken zwingt auch zu einer Stellungnahme zu der Frage, ob die Haftung des Schuldners bei ursprünglichem Unvermögen dieselbe bleiben soll, wie sie im bisherigen, allerdings noch geltenden positiven Recht behandelt worden ist.

§ 7. Haftung des Schuldners und Rechte des Gläubigers nach bisherigem Recht.

Mit der Annahme der Gültigkeit des Vertrages ist noch nichts darüber entschieden, wie der Schuldner für sein ursprüngliches Unvermögen haftet. Keineswegs ist der Umkehrschluß aus den §§ 306,

4) Der Führer, Rede v. 1. Mai 1933. Vgl. Larenz, Vertrag und Unrechte 1. Teil 1936 S. 18.

5) Zu diesen Ausführungen siehe insbesondere Frank, Handbuch S. 933 ff. Lange, Vom alten z. neuen Schuldrecht, S. 7 ff. Höhn, a. a. O. Stoll, a. a. O. Larenz, a. a. O.

275 BGB. für das rücksichtslose, unbedingte Einstehen des Schuldners so zwingend, wie für die Gültigkeit des Vertrages. Auch die Konstruktion einer dem Vertrage immanente Garantie des Schuldners, wie sie von der herrschenden Lehre vertreten wird, kann der Prüfung der ganzen Frage nach der Haftung auf Grund der neuen Rechtsanschauung nicht standhalten; denn gerade diese Ansicht ist doch ein klarer Beweis dafür, wie hart und ungerecht, wie romanistisch die geltende Regelung ist[1]). Wie eingangs bereits ausgeführt, muß gerade die Unmöglichkeitslehre viel schmiegsamer gestaltet werden. Nicht nur die objektive Lage (das unleugbare Dasein des Vertrages), sondern die subjektive Einstellung von Schuldner und Gläubiger zur Leistungsgefahr müssen die Folgen der Unmöglichkeit, die Haftung des Schuldners bestimmen[2]).

Die Unmöglichkeit, die den Schuldner, der an das Dasein des Leistungsgegenstandes glaubt, wie ein Blitz aus heiterem Himmel trifft, muß doch eine andere Behandlung erfahren, als das bewußt gefährliche Handeln eines Schuldners, der sein Unvermögen bereits kennt. Oder soll bei dem bereits oben von Titze gegebenen Beispiel die Haftung des Schuldners tatsächlich von der Sorgfalt abhängig gemacht werden, mit der der Dieb das gestohlene Gut behandelt? Ganz abgesehen davon, daß sich in derartigen Fällen oft schwerlich wird nachweisen lassen, ob die Sache überhaupt noch existiert und somit Unvermögen des Schuldners zur Folge hat, oder aber, ob sie vielleicht schon vor Abschluß des Vertrages untergegangen ist, in welchem Falle die Rechtsfolgen des § 306 einzutreten hätten.

Diese Härte, die die herrschende Lehre dem Schuldner gegenüber anwendet, ist unbillig und deutschem Rechtsdenken fremd und daher im kommenden Recht zu vermeiden; denn sie zeigt deutlich die gläubigerfreundliche und schuldnerfeindliche Einstellung.

Viele Autoren lehnen den Standpunkt der herrschenden Lehre ab und kommen unter grundsätzlicher Anwendung des Verschuldenprinzips zu verschiedenen Lösungen. Insbesondere Titze[3]) versucht

1) Auch das römische Recht vertrat eine unbedingte Haftung, denn der Vertrag auf die nur subjektiv unmögliche Leistung war gültig: 1. 137 § 5 D. de V. O. 45, 1 (Verul. libro I. stip.): „Si ab eo stipulus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit". „Wenn ich mir von jemand etwas habe versprechen lassen, der es nicht leisten kann, während ein anderer dazu imstande ist, so ist die Verpflichtung entstanden, wie Sabinus mit Recht schreibt." Nach I. 34 eodem (Ulp. libro XL. VIII. ad Sabinum) ist der Vertrag nichtig, wenn der Gläubiger nicht die volle Rechtsmacht über die versprochene Sache erlangen kann; fehlt es aber nur dem Schuldner an der erforderlichen Rechtsmacht, so ist der Vertrag gültig.

2) Lange, a. a. O. S. 74.

3) Titze, a. a. O. S. 97, 247, 251. Vgl. auch Heck S. 141 (im einzelnen abweichend).

sie zu mildern, indem er die Vorschriften über das nachträgliche Unvermögen analog Anwendung finden läßt. Und zwar soll der Schuldner haften, wenn die Behebung des Unvermögens durch Verschulden des Schuldners unterbleibt, d. h. wenn er zu der ihm obliegenden Beseitigung des Unvermögens nicht die erforderliche Sorgfalt aufgewandt hat, Titze nimmt also eine Verpflichtung des Unvermögens an, gibt aber zu dieser Annahme keine Begründung. Dagegen verneint er jede Haftung bei dauerndem ursprünglichem Unvermögen, das begrifflich unbehebbar ist. Allerdings macht er die Einschränkung, daß der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen schlechthin zu vertreten habe, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich vorsieht. So z. B. bei der Mängelgewähr (§§ 433 ff., 539 BGB.) Titze kommt zwar auf diesem Wege zu billigeren Ergebnissen. Die Konstruktion ist aber zu willkürlich. Das Gesetz gibt in § 275 eine positive Bestimmung über das nachträgliche Unvermögen, ohne das überhaupt zu erwähnen. Durch eine Gleichsetzung wird aber der Unterschied völlig verwischt und die ausdrückliche Erwähnung überhaupt überflüssig. Das haben die Gegner Titzes bereits richtig erkannt, und seine Ansicht mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Gesetzgeber einer solchen Gleichstellung auch offen Ausdruck gegeben hätte, wenn sie beabsichtigt gewesen wäre.[4]) Titze erkennt zwar die Unbilligkeit, begeht aber den Fehler, diese mit Hilfe des Gesetzestextes auszugleichen. Das Gesetz selbst ist aber, wie wir oben gesehen haben, so starr und unwandelbar, daß ein solcher Weg selten von Erfolg sein dürfte.

Andere sehen den vom Schuldner zu vetretenden Umstand darin, daß er im Einzelfall das Unvermögen kannte oder hätte kennen müssen und durch sein Schweigen eine Aufklärungspflicht verletzt habe.[5]) Die Vertreter dieser Ansicht kommen einer gerechten Lösung dieser Frage schon bedeutend näher, indem sie die verwickelten Umwege über andere Gesetzesvorschriften vermeiden.

Die zukünftige Regelung der Haftung des Schuldners bei ursprünglichem Unvermögen kann und darf nicht auf Umwegen oder durch Analogie erreicht werden. Zu einer gerechten und unmittelbaren Lösung gibt das geltende bürgerliche Recht selbst eine gute Handhabe. Darüber soll der folgende Abschnitt handeln.

§ 8. Die Haftung des Schuldners und die Rechte des Gläubigers nach heutiger Rechtsanschauung und im kommenden Recht.

Wie wir bereits festgestellt haben, kommt ein Schuldverhältnis bei ursprünglichem Unvermögen des Schuldners zur Leistung gültig

4) Ohlmer, a. a. O. S. 48. Asendorf, a. a. O. S. 43/44.
5) Vgl. Brodmann S. 302.

zustande. Gegen diese Ansicht ist vom Standpunkt nationalsozialistischer Rechtsanschauung nichts einzuwenden. Aber die Folgen des ursprünglichen Unvermögens müssen im einzelnen Fall anders gestaltet werden, als es die bisherige Rechtslehre getan hat. Vor allem muß man hier zwischen den verschieden gelagerten Gruppen unterscheiden:

1. der Schuldner kannte bei Vertragsabschluß sein Unvermögen zur Leistung oder sein Nichtkennen beruhte auf Fahrlässigkeit.,
2. der Schuldner kannte ohne Fahrlässigkeit sein Unvermögen zur Leistung nicht,
3. dem Schuldner war die Leistung nicht mehr zumutbar,
4. der Gläubiger kannte das Unvermögen des Schuldners zur Leistung,
5. Gläubiger und Schuldner kannten das ursprüngliche Unvermögen.

1. Der Schuldner kannte sein Unvermögen zur Leistung bei Vertragsabschluß oder sein Nichtkennen beruhte auf Fahrlässigkeit.

Das ist der Fall, der es notwendig macht, einen solchen Vertrag überhaupt für gültig zu erachten. Die Volksgemeinschaft hat nicht das geringste Interesse daran einen Menschen zu schützen, der leichtfertig Verträge eingeht, von denen er genau weiß, daß er sie nicht wird erfüllen können. Jeder einzelne soll handeln, wie es der Gemeinschaft zuträglich ist. Wollte man in diesem Fall den Schuldner von seiner Leistungspflicht entbinden oder seine Ersatzpflicht mildern, so wären seiner Leichtfertigkeit gegenüber der Gesamtheit keine Schranken mehr gesetzt. Gerade diese Leichtfertigkeit, die meist nur niedriger Gesinnung oder Not entspringt, soll durch die bleibende Leistungsverpflichtung bestraft werden. Letzterer soll weniger im Interesse des Gläubigers bestehen bleiben, der dadurch allerdings einen gerechten Ausgleich erhält, sondern im Interesse der Gemeinschaft, die vor Machenschaften solcher Schädlinge energisch geschützt werden muß.

In diesem Punkte kann dem geltenden Recht ohne weiteres beigepflichtet werden.

Der Schuldner trägt also die volle Haftung für die Leistungsbewirkung bei Kenntnis seines Unvermögens. In der Praxis wird man solchen Fällen jedoch sehr selten begegnen, abgesehen von solchen, die von absoluten Volksschädlingen oder in bitterster Not begangen werden. Aber gerade für sie hat diese Regelung zu gelten.

Viel häufiger wird der Fall eintreten, daß der Schuldner sein Unvermögen bei Begründung des Schuldverhältnisses zwar nicht kannte, aber infolge von Fahrlässigkeit es nicht kannte.

Jeder Volksgenosse hat der Gemeinschaft gegenüber die Verpflichtung, vor Eingehung irgendwelcher Schuldverhältnisse genauestens und mit aller erdenklichen Sorgfalt zu prüfen, ob er den sich darauf ergebenden Bindungen auch tatsächlich gerecht werden kann. Er trägt diese Verpflichtung zur Nachforschung nicht nur seinem Vertragspartner gegenüber, sondern gegenüber der Gemeinschaft. Jeder beliebige Dritte soll die Gewißheit besitzen, daß auch er mit dem Schuldner jederzeit ein Schuldverhältnis eingehen kann, ohne etwa Gefahr zu laufen, daß die Prüfung nicht sorgfältig ausgefallen ist und der Schuldner die Leistung infogedessen nicht oder nicht so, wie es vertraglich bedingt ist, erbringen kann. Es handelt sich hier nicht um eine „Aufklärungspflicht", die der Schuldner durch Schweigen verletzt, wie Brodmann[1] meint, sondern um eine Prüfungspflicht, eine Treupflicht. Als Maßstab für diese Pflicht genügt aber nicht etwa die im Gesetz so oft erwähnte „Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten" (§ 277 BGB.), sondern die Sorgfalt, mit der der Schuldner diese Prüfung vornimmt, muß geeignet sein, das Vertrauen der Volksgemeinschaft nicht zu erschüttern. Verletzt der Schuldner diese Grundregeln, die für das Schuldrecht allgemein herrschen müssen, so kann niemand ein Interesse daran haben, ihn zu schützen. Es ist dann so zu behandeln, als ob er die Umstände seines Nichtleistenkönnens, also seines Unvermögens zur Leistung bei Eingehung des Schuldverhältnisses gekannt hätte. Im folgenden, wo die Rechte des Gläubigers untersucht werden sollen, wird darum auch nur von der Kenntnis des Schuldners schlechthin gesprochen, worunter diese Fälle des fahrlässigen Nichtkönnens mit zu rechnen sind. Wie weit nun im einzelnen die Prüfung der Umstände vom Schuldner ordnungsmäßig durchgeführt ist, muß dieser in einem Prozeß nachweisen, um eventuell von seiner Leistungspflicht entbunden zu werden. Dieser Punkt wird unter 2. behandelt werden.

Da wir die Rechtsfolgen, die sich aus dem wirklichen Vertrage ergeben, in den verschiedenen Fällen gesondert betrachten, wollen wir sie auch jeweils zu Ende durchdenken und für obige Fälle bereits hier die Rechte des Gläubigers untersuchen.

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern (§ 241 BGB). Obwohl die Bewirkung der Leistung dem Schuldner unmöglich ist, wird

1) Brodmann, a. a. O. S. 302.

man dennoch dem Gläubiger bei Unvermögen zur Leistung einen Anspruch auf Erfüllung zugestehen müssen, und zwar aus zwei Gründen:

a) Da das Leistungsobjekt vorhanden ist und nur dieser Schuldner nicht in der Lage ist, es zu prästieren, besteht noch die Möglichkeit, daß ein Dritter etwa auf Grund angestrengter Bemühungen des Schuldners die Leistung bewirkt (§ 267 BGB.)

b) Ferner entspricht ja gerade der Natur des Unvermögens, daß eine Aenderung der Verhältnisse niemals gänzlich ausgeschlossen ist und daher der spätere Eintritt des Leistenkönnens des Schuldners durchaus im Bereich der Möglichkeit liegt.

Da die Haftung auf Schadensersatz im Schuldrecht hart und unerbittlich behandelt ist, soll und darf diese erst im äußersten Fall eintreten. Der Schuldner muß daher noch die Möglichkeit einer Leistungsbewirkung erhalten, bevor er zur Schadensersatzleistung verpflichtet wird. Andererseits soll auch naturgemäß das Interesse des Gläubigers soweit wie möglich auf Erfüllung gerichtet sein. Ihm muß daher die Möglichkeit gegeben werden, die Bewirkung der Leistung durch ein Urteil auf absehbare Zeit zu sichern. (§ 218 BGB.)

Der Gläubiger hat also trotz Unvermögens des Schuldners zur Leistung den Erfüllungsanspruch[2]). Hat er diesen geltend gemacht, so ist die Erlangung von Schadensersatz über § 283 BGB. wesentlich erleichtert. Er kann darnach dem Schuldner eine letzte angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf dieser Frist ablehnen werde. Sodann ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, da ihm nicht zugemutet werden kann, daß er endlose Zeit auf eine evtl. doch noch eintretende Möglichkeit der Leistung durch den Schuldner warten soll. Er braucht dann nach Ablauf der gesetzten Frist weder das Unvermögen des Schuldners, noch nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[3]) einen konkreten Schaden nachzuweisen.

Lediglich Sache des Schuldners ist es dann zu beweisen, daß dem Gläubiger kein oder ein geringerer Schaden als der Wert des Vertragsgegenstandes entstanden sei. Dagegen ist die Einwendung, er sei zur Leistung unvermögend, unerheblich.

Nach Fälligkeit des Anspruchs kann der Gläubiger auch ohne Klage, durch bloße Mahnung die Rechte aus dem Verzug des Schuldners geltend machen (§§ 284 ff BGB.), da der Schuldner sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung bei Kenntnis desselben zu

2) Leonhard, a. a. O. S. 316 RG. 80/249; 90/244. OLG. (Dresden) 8/434; (Colmar) 9/282.

3) RG 54/28 ff.

vertreten hat. ‹§ 285 BGB.› Dieser muß dann den Verspätungsschaden ersetzen ‹§ 286 I BGB.› Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Gläubiger auf diesem Wege aber nur verlangen, wenn die Leistung bzw. die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat ‹§§ 286 II, 326 II BGB.› oder wenn er unter Fristsetzung die spätere Annahme der Leistung ablehnt ‹§ 326 I BGB.› Diesen Weg wird er also nur dann beschreiten, wenn er seinen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages aufgeben will, da ja gerade mangelndes Interesse oder Aufgabe des Erfüllungsanspruchs ‹§ 326 I 2 BGB.› Voraussetzung hiefür sind.

Es fragt sich nun, ob dem Gläubiger unabhängig vom Verzug des Schuldners, allein auf Grund des vom Schuldner zu vertretenden Unvermögens in den Fällen, wo dieses von vornherein feststeht, direkt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zugestanden werden kann. Die herrschende Lehre bejaht dies[4]).

Der Weg über § 283 BGB. bedeutet für den Gläubiger zwar oft eine große Erleichterung, für die Fälle aber, in denen er das feststehende Unvermögen des Schuldners und seinen Schaden nachweisen kann, einen Umweg, den man ihm erleichtern sollte. § 283 BGB. soll die Durchsetzung eines Ersatzanspruches erleichtern, nicht erst einen solchen schaffen. Die Möglichkeit, auf diesem Wege zu einem Schadensersatz zu kommen, setzt also grundsätzlich das vorherige Bestehen eines Ersatzanspruches oder das von § 283 BGB. unabhängige Vorhandensein der Voraussetzungen für sein Entstehen voraus. Nach § 283 I 2 BGB. würde der Gläubiger nach Ablauf der gesetzten Frist sowieso seinen Anspruch auf Erfüllung verlieren. Die herrschende Lehre sagt deshalb: Es wäre nicht einzusehen, warum man ihm diesen direkten, einfacheren und schnelleren Weg versagen sollte.

Gewiß ist dieser Weg zu billigen, da man mit Recht bestrebt sein will, die Prozesse zu vereinfachen. Der Treuegedanken aber, der nach unserer Anschauung das gesamte Schuldrecht beherrschen muß, führt uns zu einem ganz anderen Weg, der bisher im Schrifttum nur wenig Beachtung gefunden hat. Es handelt sich hierbei um Schadensersatz aus culpa in contrahendo. Anerkannten Rechts ist heute, daß auch schon durch schuldhaftes Verhalten vor oder bei Vertragsschluß eine Haftung gegründet werden kann, nämlich dann, wenn eine Vertragspartei es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, die andere Vertragspartei auf Umstände aufmerksam zu machen, von denen sie sich sagen muß, daß sie den Vertragszweck zu ver-

4) Leonhard, a. a. O. S. 316. Crome, a. a. O. S. 160 Anm. 25. RG. 69/357. RG-Recht 1908 Nr. 3554. OLG 8/434, 9/282.

eiteln geeignet sind.[5] Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo ist zwar nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. Jedoch ergeben verschiedene Bestimmungen des Gesetzes (§§ 122, 175, 307, 309, 463, 2 BGB.), daß dem Gesetzgeber der Gedanke der Haftung für culpa in contrahendo nicht fremd ist. Überdies ist dieser Grundsatz für den redlichen Verkehr nicht entbehrlich, zumal nicht einzusehen ist, daß die Parteien nur nach und nicht auch vor Abschluß des Vertrages zur Sorgfalt verpflichtet sein sollen.[6]

Nun wird zwar von einer Haftung aus culpa in contrahendo immer nur dann gesprochen, wenn bereits ein gewisses Vertrauensverhältnis unter den Parteien besteht und im Rahmen dieses Verhältnisses etwaiges Verschulden zum Schaden des andern Vertragschließenden führt.[7] Es wird in erster Linie von der Verletzung einer sogenannten Offenbarungspflicht gesprochen, also dann, wenn ein Vertragsteil es unterlassen hat, den andern auf gewisse Umstände aufmerksam zu machen.

Wir kommen auf Grund dieser Erörterungen zu dem Ergebnis, daß im Falle eines ursprünglichen Unvermögens, das der Schuldner kannte, eine Offenbarungspflicht gegenüber dem Gläubiger verletzt worden ist und er daher ohne weiteres aus culpa in contrahendo haftet, wenn er dem Gläubiger das Nichtvorhandensein des Leistungsgegenstandes verschweigt. Da, wie wir bereits ausgeführt haben, die Prüfungspflicht des Schuldners eine Treuepflicht darstellt, eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft, kann die auf Grund dieser Prüfung dem Schuldner weiter obliegende Offenbarungspflicht als Rechtspflicht angesehen werden. Hierbei ist in erster Linie zu bedenken, daß sich die Pflichten auf den Gegenstand des Vertrages selbst beziehen, nicht etwa auf irgendwelche Nebenerscheinungen.

Hat dagegen der Schuldner die Prüfung hinsichtlich des Vorhandenseins des Leistungsgegenstandes ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vorgenommen (§ 276 BGB.) und ist er demzufolge fahrlässig zu dem Ergebnis gekommen, daß er die Leistungsmacht noch habe, so kann im Falle seines Schweigens nicht von einer Verletzung der Offenbarungspflicht gesprochen werden, weil er sich ja — fahrlässig — für leistungsmächtig hält. Das Verschulden des Schuldners wird also in diesem Falle noch vor seinem Eintritt in ein Vertrauensverhältnis mit dem Gläubiger liegen. Es fragt sich, ob die fahrlässige Verletzung dieser Prüfungspflicht zur Begründung einer Haftung wegen culpa in contrahendo aus-

5) JW. 1912 S. 743.
6) RG. 95, S. 58/107, S. 362, 132 S. 28.
7) RG. 98 S. 105.

reicht. Die bisherige Rechtsanschauung mag das geleugnet haben. Jedoch ist nach heutigen Rechtsempfinden hiergegen nichts einzuwenden. Die Prüfungspflicht oder Treupflicht gegenüber der Gemeinschaft hinsichtlich des Vertragsobjekts ist eine für die reibungslose Vertragsabwicklung so bedeutende, ja gewissermaßen Vorbedingung, daß auch hier von einer Rechtspflicht gesprochen werden muß. Die Gemeinschaftsidee ist heute so grundlegend für das Schuldrecht und damit für die Pflichten der Vertragsgenossen im Rechtsverkehr untereinander, daß eine Verletzung dieser Pflicht gegenüber der Gemeinschaft als Verletzung einer Rechtspflicht zu gelten hat. Ebenso wie ein Vertragsteil an das Vorhandensein der Vertretungsmacht des anderen glaubt, glaubt er auch ganz besonders an die Leistungsmacht. Der vorliegende Fall ist dem des § 177 BGB. so ähnlich, daß die Annahme einer culpa in contrahendo auch nicht gegen die in dem oben angeführten Vorschriften zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken des Gesetzgebers verstößt.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Haftung des Schuldners aus culpa in contrahendo bedingt ist durch die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Prüfungstreupflicht durch den einzelnen Volksgenossen gegenüber der Gemeinschaft, die im Augenblick des Vertragsabschlusses konkret in Erscheinung tritt.

Die Haftung des Schuldners geht nicht, wie Marx[8]) annimmt, lediglich auf Ersatz des negativen Interesses des Gläubigers. Dieser Standpunkt dürfte als durch die Rechtsprechung überholt angesehen werden. Die Haftung bei culpa in contrahendo richtet sich regelmäßig nach den allgemeinen Grundsätzen des § 249 BGB.[9]). Dabei kann es auch Fälle geben, in denen das Erfüllungsinteresse gefordert werden darf, falls nämlich der Herstellungsgrundsatz des § 249 BGB. zu solchen Ergebnissen führt[10]). Ein solcher Fall ist aber hier anzunehmen.

Einer Schadensersatzhaftung des Schuldners aus culpa in contrahendo ist auf Grund dieser Erörterungen unter allen Umständen der Vorrang zu geben.

Dem Gläubiger bleibt es jedoch überlassen, zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der Verfolgung seines Rechtsanspruchs zu wählen. Es handelt sich dabei allerdings um keine Wahl im Sinne des § 263 BGB., wonach er bei Erklärung des einen Anspruches die andern verlieren würde. Es handelt sich hier vielmehr um

8) Marx, a. a. O. S. 37.
9) RG. 103,50; 120,251; 132; 79 RGRKOm. § 276 Anm. 3, S. 375.
10) RG. 95, 58. RGRKOm. § 276 Anm. 3, S. 475.

Ansprüche, die der Gläubiger nach seiner Wahl geltend machen kann, die erst erlöschen, wenn einer von ihnen erfüllt wird. Es besteht nicht eine kumulative, sondern eine alternative oder elektive Konkurrenz, weil die Ansprüche zwar verschiedenen Inhalt haben, aber auf die Befriedigung des gleichen wirtschaftlichen Interesses gerichtet sind[11]).

Da es sich also um keine Wahlschuld im Sinne der §§ 262 ff. BGB. handelt, kann der Schuldner den Gläubiger auch nicht durch Fristsetzung zur Ausübung seines Wahlrechtes zwingen. (§ 264 II BGB.). Er könnte ihn wohl durch Angebot beider Leistungen, nämlich Erfüllung und Schadensersatz, in alternativer Form in Annahmeverzug setzen[12]); das ist jedoch infolge seines Unvermögens zu der geschuldeten Leistung ausgeschlossen.

Da es sich also bei den Ansprüchen um kein Wahlschuldverhältnis handelt, so bedeutet die Geltendmachung des einen keine endgültige Festlegung. Der Gläubiger darf vielmehr bei konkurierenden Ansprüchen wechseln, soweit es im Einzelfalle nicht Treu und Glauben widerspricht[13]). Das gilt auch für die Klageerhebung als solche. Bei der Einklagung des Erfüllungsanspruches ergibt es sich klar aus dem Gesetz selbst (§ 283 BGB.). Auch bei rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung fällt hier der Ersatzanspruch nicht fort.

Stellt sich nun andererseits in einem Prozeß, der auf Schadensersatz gerichtet ist, heraus, daß dem Schuldner die Leistung doch noch möglich geworden ist, so kann der Gläubiger jederzeit auf den Erfüllungsanspruch zurückgreifen, da man einen Verzicht auf diesen Anspruch mit Rücksicht darauf, daß das Unvermögen behoben werden kann, nicht wird annehmen dürfen, zumal dem Gläubiger an der tatsächlichen Erfüllung mehr gelegen sein wird als an einer Ersatzleistung. Das bedeutet gemäß § 268 Ziff. 3 ZPO., der zwar nicht dem Wortlaut nach, aber seinem Sinn entsprechend zutrifft, keine Klageänderung. Sollten jedoch in Zweifelsfällen Bedenken gegen diese Änderung des Klageantrags auftreten, so kann das Gericht sie auch dann noch als sachdienlich zulassen (§ 264 ZPO.).

Endlich läßt auch die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zum Schadensersatz den Erfüllungsanspruch des Gläubigers noch nicht erlöschen. Selbst wenn man der Rechtskraft überhaupt mate-

11) Hellwig § 38 I 2 b. S. 269.
12) Staudinger § 264.
13) RG. 107/345 ff.; 108/184 ff. § 109/184 ff.

riellrechtliche Wirkung beimessen will, so kann diese doch nicht über die gesetzliche Grundlage hinausgehen. Gegenstand der Rechtskraft ist aber lediglich der dem Urteil zu Grunde liegende Ersatzanspruch, mit dem der Erfüllungsanspruch trotz der Gleichheit des Interesses nicht indentisch ist. Das völlige Erlöschen der Ansprüche tritt erst, wie bereits oben erwähnt, mit der Erfüllung des einen ein.[14])

Über die Ansprüche hinaus stehen dem Gläubiger bei positiver Kenntnis des Schuldners von seinem bestehenden Unvermögen noch weitere Rechte zu. Einmal kann er in aller Regel den Vertrag wegen arglistischer Täuschung gemäß § 123 BGB. anfechten, denn durch die Eingehung der Verpflichtung behauptet der Schuldner stillschweigend (durch konkludente Handlung) seine persönliche Leistungsfähigkeit, deren vorherige Prüfung ihm ja oblag.

Ferner kann der Gläubiger Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung stellen und zwar sowohl aus § 826 BGB., als auch aus § 823 Abs. II BGB. Der Anspruch aus § 826 BGB. ergibt sich ohne weiteres aus den oben gebrachten Ausführungen über die heutige Rechtsanschauung, da nach dem Volksempfinden eine solche Handlung des Schuldners als unehrenhaft bezeichnet werden muß. Aber auch der Anspruch aus § 823 II BGB. wird meist wegen Verletzung eines Schutzgesetzes gegeben sein. Denn dadurch, daß der Schuldner bei Abschluß des Vertrages ein Gebaren an den Tag legt, das nicht nur die Vermutung, sondern die Gewißheit beim Gläubiger aufkommen lassen muß, er sei zur Leistung imstande, wird in den meisten Fällen der Tatbestand des Betruges gemäß § 263 StGB. durch konkludente Handlung erfüllt sein. Hätte der Gläubiger das Unvermögen des Schuldners zur Leistung gekannt, so wäre er wahrscheinlich gar nicht in Vertragsverhandlungen mit ihm getreten.

Zu erwähnen blieben am Schluß noch das teilweise ursprüngliche Unvermögen des Schuldners (§§ 280 II, 325 I 2 BGB.) und die Frage, welche Folgen eintreten, wenn der Schuldner infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich machte, einen Ersatz oder Ersatzanspruch erhalten hat (§ 281 BGB.).

Der erste Fall ist für das nachträgliche Unvermögen im Gesetz selbst geregelt, in den §§ 280 II und 325 I 2 BGB. Der Gläubiger kann danach bei Kenntnis des Schuldners von seinem teilweisen Unvermögen wegen des unmöglichen Teiles Schadensersatz verlangen.

---

14) v. Tuhr, S. 285.

Insoweit muß diese Regelung auch für das ursprüngliche teilweise Unvermögen gelten, da das Interesse des Gläubigers in erster Linie auf Erfüllung gerichtet sein soll und in der Regel auch naturgemäß ist.

Auch § 281 I BGB. kann auf das ursprüngliche Unvermögen des Schuldners direkt keine Anwendung finden. Dieser Paragraph spricht von Ersatz und Ersatzanspruch, die der Schuldner für den geschuldeten Gegenstand erlangt hat. Da aber der Umstand, der die Leistung unmöglich machte, bereits vor Bestehen eines Schuldverhältnisses eingetreten ist, so kann von einem geschuldeten Gegenstand zu damaliger Zeit noch gar nicht gesprochen werden. Diese Vorschrift könnte direkt nur auf das nachfolgende Unvermögen Anwendung finden.[15])

Hier haben wir wiederum einen deutlichen Beweis für die Starrheit des Schuldrechts. Es ist absolut unverständlich, warum der Gläubiger bei verschuldeten nachträglichem Unvermögen den Ersatz bzw. Ersatzanspruch erhalten soll und man ihm diesen bei bewußtem ursprünglichen Unvermögen, das den Schuldner nicht einmal auf die Idee eines Vertragsabschlusses hätte bringen dürfen, versagen will. Auch hier darf man sich nicht von den starren Gesetzesvorschriften leiten lassen, sondern muß dem Gläubiger diese Rechte zugestehen, zumal das bei einem mittellosen Schuldner vielleicht die einzigen Werte sind, die der Gläubiger erhalten kann. Eine andere Behandlung dieser Frage verstieße nach dem allgemeinen Volksempfinden wider Treu und Glauben.

2. Der Schuldner kannte sein Unvermögen zur Leistung nicht.

Wie wir bei der Haftung des Schuldners zu[16]) gesehen haben, besteht für ihn eine Prüfungspflicht vor Eingehung eines Schuldverhältnisses. Hat er dieser Prüfungspflicht so, wie die Gemeinschaft es von jedem einzelnen Volksgenossen verlangen muß, Genüge getan, so steht seiner rechtlichen Bindung in Form eines Schuldverhältnisses nichts mehr im Wege. Ergibt sich dennoch, beispielsweise nach Abschluß eines Vertrages, daß der Schuldner unvermögend zur Leistung war und ist, so kann ihm dieser Umstand nicht zugerechnet werden. Hier noch einmal das vorerwähnte Beispiel von Titze[16]), wonach bei anderer Entscheidung die Haftung des Schuldners von der Sorgfalt, mit der der Dieb den gestohlenen Gegenstand behandelt, abhänge, oder der auch bereits gebrachte Fall, wo der Hund des Schuldners kurz vor Abschluß des Vertrages gestorben ist, ohne

15) Brodmann, S. 301, Planck, § 306, Erl. 3c, Kisch, a. a. O., S. 210, Staudinger, a. a. O. § 281, 1, Asendorf, a. a. O., S. 50.
16) Titze a. a. O.

vorher irgendwelche Krankheitssymptome gezeigt zu haben und ohne daß der Schuldner überhaupt die Möglichkeit besaß, von dem Tode Kenntnis zu erhalten.

Der letzte Fall hat jedoch nur dann Bedeutung, wenn der Gläubiger sich nicht gerade auf diesen Hund festgelegt hatte, sondern z. B. nur auf einen gleicher Rasse, da sonst ursprüngliche Unmöglichkeit vorläge, die den Schuldner gemäß § 306 BGB. sowieso von der Haftung befreite.

Diese Ansicht der herrschenden Lehre, die auch für diese Fälle eine unbedingte Haftung des Schuldners annimmt, ist völlig unverständlich. Sie hat mit dem Rechtsempfinden des deutschen Volkes absolut nichts gemein. Die rücksichtslose Haftung der Schuldner aus dem Vertrage sowie die Unterstellung einer Garantieübernahme sind durch nichts gerechtfertigt. Gläubiger und Schuldner muß durch die Bindung des Vertrages ein Band gegenseitigen Vertrauens umschließen, das derartig gesuchte Hilfsmittel für die rechtliche Beurteilung der Ansprüche des einen oder des andern gar nicht an sich herankommen lassen darf.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre ist demnach in Fällen, wo der Schuldner trotz sorgfältiger Prüfung aller Umstände sein Unvermögen nicht kannte, eine Haftung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben abzulehnen.

Soweit der Schuldner allerdings dem Gläubiger gegenüber bei Vertragsabschluß eine ausdrückliche Garantie für sein Leistungskönnen übernimmt, trifft diese Regelung nicht zu, da er dann keines Schutzes bedarf. Diese Übernahme der Garantie müßte der Gläubiger beweisen, der dann bei Gelingen des Beweises die Rechte zu 1. geltend machen könnte.

3. Die Leistung war dem Schuldner nicht mehr zumutbar.

Es handelt sich hier kurz darum, daß vor Fälligkeit der Schuld Umstände aufgetreten sind, die die Erbringlichkeit der Leistung derart beeinflußt haben, daß sie dem Schuldner nicht mehr zugemutet werden kann. Diese Fälle haben praktisch erst in den Nachkriegsjahren und während der Inflation Beachtung gefunden, wo durch die völlig veränderten Umstände plötzlich überaus schwierige Leistungsverhältnisse eintraten, ohne daß man die Parteien selbst dafür verantwortlich machen konnte. Naturgemäß bezogen sich diese Schwierigkeiten auf längere oder gar Dauer-Schuldverhältnisse, die dadurch nachträglich betroffen wurden. Möglich sind aber auch Fälle — besonders bei der rapiden Geltentwertung einer Inflationszeit —, wo dieser Zustand bereits vor Vertragsabschluß vorhanden ist, ohne daß der Betroffene etwas davon weiß. Hierzu folgendes Beispiel:

A. verkauft dem B. in Berlin durch Konnossament eine Schiffsladung, die sich auf dem Wege nach Hamburg zur Zeit im Mittelmeer befindet. Er hat soeben noch von dem zuletzt angelaufenen Hafen die Nachricht erhalten, daß alles wohlbehalten sei. Noch vor Abschluß des Vertrages wird das Schiff von roten Spaniern gekapert. A. hatte keine Möglichkeit davon Kenntnis zu erhalten. Die Roten wollen die Ladung gegen Zahlung eines Lösegeldes freigeben, das den Wert der Ware aber weit übersteigt.

Die herrschende Lehre, insbesondere das Reichsgericht, haben eingesehen, daß dem Schuldner in derartigen Fällen geholfen werden muß[17]. Die Wege, die man hierbei beschritten hat, sind jedoch sehr verschiedene. Krückmann[18] gesteht dem Schuldner eine Einrede aus eigenem gewichtigen Interesse zu. Er gibt damit einen völlig neuen Weg, der aber m. E. wenig glücklich ist, da er zu einer absoluten Interessenabwägung der Parteien führt und darum nur sehr schwer einen klaren Beweis erbringen wird.

Näher, aber nicht genau genug, kommt das Reichsgericht der Lösung, wenn es von einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit spricht[19]. Danach ist dem Schuldner die Leistung wirtschaftlich unmöglich, wenn sie ihm nicht mehr zugemutet werden kann.

Es taucht nun die Frage auf, ob man diese Fälle überhaupt unter den Begriff „Unmöglichkeit" bringen kann; denn eine solche liegt tatsächlich gar nicht vor, da die Erfüllung durch den Schuldner — wenn auch unter sehr viel schwierigeren Verhältnissen — möglich wäre. Es geht über den Rahmen der gestellten Aufgabe hinaus, zu untersuchen, wann Fälle sogenannter wirtschaftlicher Unmöglichkeit gegeben sind und ob diese vor allem überhaupt unter den Begriff der Unmöglichkeit fallen. Will man sie hierunter bringen, dann erscheint die Lösung des Reichsgerichts wohl zweckmäßig, aber nicht erschöpfend und genau genug. Denn außer dieser wirtschaftlichen Unmöglichkeit müßte man dann auch noch eine persönliche unterscheiden, die in Fällen vorliegt, wo dem Schuldner aus persönlichen Gründen die Bewirkung der Leistung nicht mehr zugemutet werden kann. Als Beispiel hiefür gelte folgender Fall: Der Tuchhändler A. verkauft dem SA-Mann B. eine SA-Uniform. Später tritt A. seine Forderung an einen Juden ab. Dem SA-Mann kann nun nicht mehr zugemutet werden, den Kaufpreis, den er für seine Uniform schuldet, an einen Juden zu leisten. Wie

17) Krückmann: Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 101. Heck, S. 96 ff. Asendorf, S. 28. RG. 57/118; 65/34; 88/74; 126/218.
18) Krückmann: a. a. O.
19) RG. 57/118; 65/34; 88/74; 101/77.

weit derartige Fälle als unmöglich anzusehen sind, und wie weit insbesondere die Nichtzumutbarkeit bereits vor Eingehung eines Schuldverhältnisses bestanden haben kann, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu untersuchen, zumal hier in erster Linie das ursprüngliche Unvermögen zur Frage steht und hierbei selten nicht zumutbare Leistungen vorkommen werden.

Sollte man zu dem Ergebnis kommen, daß nicht zumutbare Leistungen Fälle der Unmöglichkeit sind, so ist das Ergebnis der herrschenden Lehre, das den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit, durchaus billig und gerecht.

4. Der Gläubiger kannte das Unvermögen des Schuldners.

In diesen Fällen muß mehr denn je der Grundsatz von Treu und Glauben Beachtung finden. Es entspricht keiner ehrlichen und anständigen Gesinnung, wenn A. mit B. einen Vertrag eingeht, obwohl er weiß, daß dem B. die Erfüllung dieses Vertrages, derentwegen dieser ihn überhaupt eingegangen ist, von Anfang an unmöglich war. Voraussetzung hierfür ist wieder Unkenntnis des Schuldners von seinem Unvermögen trotz sorgfältig vorgenommener Prüfung. Läßt sich dieser Beweis erbringen, so kann keinem Schuldner zugemutet werden, den Vertrag dieses ehrlosen Gläubigers zu erfüllen. Der Schuldner muß dem Gebaren und Auftreten des Gläubigers das gleiche Vertrauen schenken dürfen, wie es umgekehrt der Fall sein soll. Es handelt sich hier nicht so sehr um Gesetzes- oder Rechtsregeln, als vielmehr um einfache moralische Verpflichtungsgründe, deren Verletzung gegenüber der Gemeinschaft als treulos und unwürdig erachtet werden muß. — Der Schuldner ist in solchen Fällen von einer Haftung unbedingt zu befreien.

5. Gläubiger und Schuldner kannten das ursprüngliche Unvermögen.

Haben beide Parteien bei Vertragsabschluß das bestehende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gekannt, so wird der Vertrag in aller Regel nichtig sein, da er entweder gegen das Gesetz ⟨§ 134 BGB.⟩ oder gegen die guten Sitten verstößt ⟨§ 138 BGB.⟩ Der erste Fall kann z. B. bei Hehlerei eintreten ⟨§ 259 StGB.⟩. Im übrigen kann es sich aber auch um einen bloßen Scherz oder ein Scheingeschäft handeln. Auch dann wäre der Vertrag gemäß §§ 118 bzw. 117 BGB. nichtig. Da ein anderer Fall hier praktisch kaum denkbar ist, muß im einzelnen entschieden werden, ob er sich unter die eine oder die andere Gesetzesvorschrift bringen

läßt. Ein gültiger Vertrag kann nicht zustandekommen, da nach dem zu 1) und 4) Gesagten die entsprechenden Rechtswirkungen ausschließlich in diesen Fällen eintreten.

Sollten die Parteien ihre Vereinbarung darauf richten, daß die Leistung vielleicht noch möglich wird, so ist darin eine Bedingung enthalten. Die Rechtswirkungen treten dann erst mit Eintritt der Bedingung, also der Möglichkeit der Leistung ein. Aus den Umständen muß jedoch klar ersichtlich sein, daß dieser Erfolg gewollt war[20]). Tritt die Möglichkeit der Leistung nicht ein, so äußert der Vertrag keinerlei Rechtswirkungen.

Schlußbetrachtung.

Vorstehende Arbeit hat sich im Zuge der Rechtserneuerung mit dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung konkret befaßt. Das Ergebnis daraus soll nicht etwa die Schaffung neuen Rechts bedeuten. Dies ist dem Gesetzgeber selbst überlassen. Sie will lediglich den Geist der heutigen Zeit, die im Zeichen der Treue des einzelnen Volksgenossen gegenüber der Gemeinschaft steht, auf das bestehende Rechtsinstitut „Unvermögen zur Leistung" übertragen und diesem so die Wege eröffnen, die es diesem Geist entsprechend zu gehen hat.

Andererseits will dieser kleine Ausschnitt zeigen, daß das bürgerliche Recht wohl exakt und genau aufgebaut und durchdacht ist, daß es aber durch seine Starrheit und Nüchternheit vielfach nicht in der Lage ist, dem einzelnen Fall unter dem heutigen veränderten Anschauungen und Verhältnissen tatsächlich gerecht zu werden. So wie man im Strafgesetzbuch durch die Analogie des § 2 bereits einen Ausgleich geschaffen hat, so wird man auch im bürgerlichen Recht einen Weg finden müssen, der dem Rechtsempfinden der Volksgemeinschaft gerecht zu werden vermag.

---

20) RG. 81/59 ff.